



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Andrea Fonseca Corrêa

**A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS
MORAIS EM CASO DE TRAIÇÃO NO CASAMENTO**

Brasília-DF

2014

Andrea Fonseca Corrêa

**A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS
MORAIS EM CASO DE TRAIÇÃO NO CASAMENTO**

Trabalho Apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (Uniceub)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de conclusão de Curso de
Graduação na área de Direito.

Orientador: Danilo Porfírio de Castro
Vieira

Brasília-DF

2014

Andrea Fonseca Corrêa

**A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS
MORAIS EM CASO DE TRAIÇÃO NO CASAMENTO**

Trabalho Apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UNICEUB)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de conclusão de Curso de
Graduação na área de Direito.

Orientador: Danilo Porfírio de Castro
Vieira

Brasília-DF, 24 de abril de 2014.

Banca Examinadora

Prof. Danilo Porfírio de Castro Vieira

Prof. Julio Cesar Lérias Ribeiro

Prof. Einstein Lincoln Borges Taquary

AGRADECIMENTO

Primeiramente, meu agradecimento vai à minha mãe, Marta Lucia. Se não fosse sua perseverança e vontade de crescer ela não teria chegado tão longe e eu também não. Obrigada por ser sempre um grande exemplo em minha vida.

Agradeço também a minha amiga Clarissa que ao longo de todos os anos de amizade e de curso me consolou e me motivou quando necessário, sempre com a maior paciência e dedicação.

A todos os meus familiares por serem pessoas tão especiais e admiráveis, exemplos de crescimento pessoal e profissional.

E, finalmente, mas não menos importante, ao meu namorado Zilber, um presente de Deus em minha vida. Uma pessoa que sempre me motiva e me ajuda a buscar o que há de melhor em mim tentando sempre me mostrar que existe um jeito pra coisas difíceis e demonstrando todo seu amor. Agradeço muito por dividir essa jornada comigo. Eu te amo.

RESUMO

Esta monografia objetiva analisar a ocorrência de responsabilidade civil em caso de traição no casamento e seu efeito na sociedade. A partir da análise do casamento como uma forma de contrato com deveres e direitos e da exposição do posicionamento da doutrina e de julgados acerca do tema, o presente trabalho visa defender o cabimento de indenização por danos morais por descumprimento de dever matrimonial e ofensa a imagem e a honra, direitos fundamentais estabelecidos pela art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito de Família, Direito Civil, Responsabilidade Civil, Contratos, Infidelidade.

Sumário

Agradecimento	3
Resumo	4
Introdução.....	6
1 - Família afetiva e a instrumentalização do casamento	9
1.1 - O paradigma da família afetiva e a superação de um modelo tradicional	9
1.2 - Dos Princípios de Direito de Família.....	12
1.2.2. Mínima intervenção do Estado.....	12
1.2.3 - Instrumentalização da família	13
1.2.4 - Pluralismo familiar	14
1.2.5 - Consagração do poder familiar.....	14
1.2.6 - Igualdade jurídica entre cônjuges	15
1.2.7 - Liberdade.....	15
1.2.8 - Afetividade	16
1.3 - Do Casamento	17
1.3.1 - Natureza Jurídica do Casamento	20
1.3.2 Fidelidade	21
2 - Dos fundamentos sobre a Responsabilidade Civil	25
2.1 - Do Dano Moral.....	31
2.2 Dos contratos	32
2.2.1 Da boa-fé nos contratos.....	33
3 – Da possibilidade de responsabilidade civil por danos morais em caso de traição no casamento	35
3.1 O casamento como uma forma de contrato	36
3.2 - Da configuração do dano moral e possível indenização.....	39
Conclusão	44
Referência bibliográfica.....	47

Introdução

Existem diversas formas de família atualmente. Inovações como a família monoparental, onde há somente o pai ou a mãe, e a família homoparental, validada recentemente por entendimento do Supremo Tribunal Federal como forma de casamento, onde os dois pais que constituem a família pertencem ao mesmo sexo, tornaram esse conceito muito mais amplo do que o conhecido há décadas atrás.

As famílias são a base da sociedade e do Estado e ditam, através dos costumes e da cultura como as relações interpessoais devem se desenvolver e como elas se alteram ao longo do tempo e com o desenvolvimento social e das novas tecnologias. Diferenças entre características regionais e religião são aspectos que devem ser respeitados e incentivados, como forma de preservação da diversidade cultural.

As relações interpessoais mudaram muito com o avanço da internet e da facilidade de acesso a diversas redes sociais, deixando as pessoas cada vez mais distantes umas das outras fisicamente, mas aproximando muitas outras que provavelmente nunca se encontrariam por gostos ou ideias parecidas.

Mesmo hoje com o aumento expressivo das uniões estáveis e dos divórcios, a principal forma de criação de família é, ainda hoje, o casamento. Essa instituição sofreu diversas alterações ao longo do desenvolvimento da sociedade, passando de algo que trazia dever somente às mulheres de respeitar e ser fiel ao seu marido, com deveres de cuidar da casa e servir de forma reprodutora, devendo ter filhos homens que pudessem perpetuar aquela família e lhe trazer honra, e de ser provedor e mantenedor dos que viviam em sua casa aos homens, para um modelo igualitário, onde ambos têm direitos e deveres iguais, não havendo qualquer tipo de hierarquia entre eles.

Passou de um modelo onde as uniões eram definidas pelos pais visando vantagens econômicas e políticas para algo fundado na vontade e na

afetividade, sendo tratado não mais como uma obrigação, e sim como uma escolha.

Existem normas na legislação brasileira que são comuns a todas as formas de família existentes hoje. Tanto no casamento comum, composto por homem e mulher, quanto na união estável e na família homoparental, os integrantes fazem votos e promessas de convivência, respeito, assistência e fidelidade mútuos, além do que se refere à criação e guarda dos filhos, naturais ou não, advindos da união.

Porém, a sociedade não se desenvolveu somente dando mais liberdade às pessoas de escolher casar-se ou manter-se casadas. As instituições que antes eram sagradas foram perdendo seu valor ao longo do tempo e itens essenciais como a fidelidade e a convivência em mesma casa foram sendo deixados de lado e, muitas vezes, o respeito mútuo.

Hoje é possível presenciar diversos escândalos de maridos e esposas que foram infiéis e por isso seus casamentos tiveram fim ou então de situações que foram perdoadas, gerando grande choque social e repúdio da atitude do cônjuge traído.

Com o intuito de evitar que situações como essa ocorram e que o casamento se torne uma instituição banalizada e sem valor, o primeiro capítulo tratará do casamento como uma forma de contrato, composto por deveres e promessas a serem cumpridas, com obrigações de fazer e de não fazer, baseado este em afinidade e liberdade de escolha, com promessas entre os cônjuges e cláusulas previamente estabelecidas em lei comuns a eles.

O segundo capítulo, por outro lado, visa analisar a responsabilidade civil, principalmente na forma de danos morais. Dentro disso, será analisado principalmente o dano moral com seu sentido reparador e inibidor de uma conduta lícita ou ilícita que possa gerar danos a outrem.

Indo além e unindo ambos os assuntos, o terceiro capítulo trata de uma união de ambos os capítulos anteriores, analisando o casamento como forma de contrato e a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil por danos morais

pelo descumprimento de uma de suas principais cláusulas: a fidelidade. Analisa, também, se, caso fosse cabível a responsabilidade civil, seria por violação ou não da boa-fé objetiva, qual o caráter poderia ter a indenização cabível e se se trataria de uma forma de violação da confiança depositada no contrato de casamento pelos cônjuges e da boa-fé de qualquer um deles.

1- Família afetiva e a instrumentalização do casamento

A família surge a partir da vontade de duas pessoas de constituírem uma união com o objetivo social e de reprodução, o que não ocorre em alguns casos. Existem modelos de família modernos como a monoparental, que é constituída somente por uma pessoa com filhos, e a união estável, onde há a união entre as pessoas com o objetivo de constituir uma família, porém sem nenhum vínculo legal.

A forma mais tradicional de constituição familiar é o casamento. Nele há a união entre as pessoas com o objetivo de constituir uma família, porém, diferente da união estável, há normas previamente definidas em lei sobre seu funcionamento e constituição.

1.1- O paradigma da família afetiva e a superação de um modelo tradicional

A palavra “família” era utilizada no direito romano com funções diversas, em relação a coisas, o conjunto de patrimônio ou o total de escravos de propriedade de um mesmo senhor. Em sentido especial, designa pai, mãe e filhos, e, em sentido geral, todos os parentes.¹

Nesse modelo familiar, o filho só era considerado parente de sua mãe porque ela também se encontrava sob o poder daquele pai, chefe da família. A família da mãe nada tinha a ver com os filhos oriundos daquela união, sendo a eles estranhos.²

¹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Tomo VII – Direito de Personalidade, Direito de Família. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 243.

² Ibidem. P. 204.

Segundo Paulo Nader, família é a instituição social constituída por várias pessoas que se unem com o objetivo de se desenvolverem solidariamente e descendendo de um tronco comum.³

Para Pontes de Miranda, poderia também exprimir a reunião de pessoas sob o pátrio poder de um chefe de família único. Compreendia o pai da família (pater famílias), que era considerado o chefe, independentemente se eram descendentes ou não, e a mulher, que estavam submetidos ao poder desse chefe familiar. Essas pessoas eram ligadas através do parentesco civil, laço que permanecia mesmo com a morte do chefe familiar. Mesmo hoje ainda existem vários significados diferentes para a expressão “família”.⁴

Em um conceito mais moderno, de acordo com o Código Civil Brasileiro, família significa um conjunto de pessoas que descendem de um mesmo ancestral, através de laços consanguíneos ou por parentesco civil. Porém, o referido código não utiliza tal palavra com a intenção de demonstrar um grupo de pessoas, sendo utilizado somente como forma de divisão de um de seus ramos de estudo, diferentemente da Constituição Federal que utiliza a palavra como a instituição social familiar.⁵

Roberto Senise Lisboa limita as concepções familiares a dois objetivos: o dever perante a sociedade e a geração de descendentes. A união entre um homem e uma mulher tinha grande importância perante a sociedade, era vista como um dever cívico destes e objetivava o desenvolvimento de novos seres através da procriação, para que estes pudessem servir, durante a juventude, aos exércitos e funções importantes em seus países. Por esse motivo, as famílias preferiam o nascimento de crianças do sexo masculino, para fortalecer suas nações. Posteriormente, o objetivo principal tornou-se a continuidade da família.⁶

³ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 03.

⁴ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Tomo VII – Direito de Personalidade, Direito de Família. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 245.

⁵ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Tomo VII – Direito de Personalidade, Direito de Família. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. Ed. Campinas: Bookseller, 2000. P. 205.

⁶ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: Volume V – Direito de família e sucessões. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 23, 24.

O Código Civil Brasileiro utiliza o termo para designar um ramo de estudo do direito civil, mas a Constituição de 1946 em seu artigo 163 define que a família é o vínculo indissolúvel, constituído pelo casamento e que tem proteção especial do Estado.⁷

Atualmente, mais modelos de formação de família são aceitos do que somente o formado a partir do vínculo matrimonial. A instituição “casamento” foi alterada conforme a sociedade evoluiu e hoje cabe aos juristas-filósofos e sociólogos o estudo de cada modelo para determinar se aquela união seria passível de receber a classificação de família ou não.⁸

O modelo de família está sendo remodelado com as mudanças históricas que a sociedade vem vivendo diariamente. Mudanças de ordem socioeconômica geraram grande alteração na função de cada membro no âmbito familiar e a revisão de institutos jurídicos, demonstrando imensas alterações entre o modelo de família da sociedade pré-industrial e a atual, devendo-se destacar a igualdade e liberdade de cada membro que a constitui.⁹

Roberto Senise Lisboa afirma categoricamente que já não há mais pontos comuns entre a família patriarcal vivida no século XIX e a família atual. Na primeira, a mulher era submissa e, tanto ela quanto os filhos e pessoas que vivessem com eles, deviam obedecer ao marido, que era o chefe supremo daquela família. Com o crescimento do envolvimento da mulher em diversas atividades externas, a criação do divórcio e a facilidade com quem ele é obtido, e o grande acesso a informações por pessoas de qualquer idade, a família atual se distanciou extremamente do modelo anteriormente conhecido. A família não se resume mais somente ao casamento e aos poderes do chefe de família.¹⁰

⁷ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Tomo VII – Direito de Personalidade, Direito de Família. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 245, 246.

⁸ Ibidem. P. 271.

⁹ LISBOA, Roberto Senise. MANUAL de direito civil: Volume V – Direito de família e sucessões, p. 28, 29.

¹⁰ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: Volume V – Direito de família e sucessões. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 31.

1.2 - Dos Princípios de Direito de Família

1.2.2 - Mínima intervenção do Estado

O legislador deixou bem claro no Código Civil de 2002 que a intervenção do Estado ou do particular em uma família ou em seu planejamento deve ser mínima. Foram criados dispositivos que vedam qualquer interferência que vá do oferecimento de recursos financeiros e educacionais para que as famílias exerçam seus direitos. Tal princípio é o reflexo da autonomia que deve existir na vida privada, o direito de cada um cuidar de seus próprios interesses, fundado em uma das principais atribuições da vida humana, a liberdade.¹¹

O art. 1513 dispõe que “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”¹², disposto que é reforçado no art. 1565, §2º do mesmo Código, onde o legislador afirma que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”¹³

Cada família tem um próprio estatuto, já que tem plena liberdade para dispor sobre como funcionará no âmbito moral, social e religioso, assim como afirma o Código Civil em seu art. 1565, §2º, citado anteriormente.¹⁴

A normatização da família através da interferência estatal objetiva a justiça nas relações humanas, com políticas que visem fortalecer esse vínculo familiar. O Estado tem o dever de cuidar da organização familiar para assegurar a solidariedade que deve existir entre os membros constituintes desta e a

¹¹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 8 ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense. 2013. P. 18.

¹² Art. 1513, Código Civil de 2002.

¹³ Art. 1565, §2º, Código Civil de 2002.

¹⁴ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 06.

manutenção das necessidades básicas dos indivíduos, que inclui saúde, cultura e educação, sendo assim sua interferência totalmente justificada.¹⁵

Maria Helena Diniz ressalta em sua obra que o Estado não pode abrir mão completamente de sua influência porque ele depende da solidez de sua base para se desenvolver de forma plena e essa base é constituída pelas famílias.¹⁶

1.2.3 - Instrumentalização da família

Os autores Flávio Tartuce e José Fernando Simão afirmam em seu livro, citando Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“A principal função da família é a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca da nossa felicidade na relação com o outro.”¹⁷

A família é a base da sociedade moderna. É uma forma de união de pessoas com fundamento na afetividade, objetivando o desenvolvimento social conjunto dessas pessoas. A afetividade é mais importante do que os outros fundamentos do Direito de Família, já que mesmo sem a formalização de uma união, através do casamento, é possível se constituir uma família.¹⁸

Não são formadas pelo Direito de Família, ele apenas regula a formação natural da associação de pessoas com o intuito do estabelecimento de uma vida conjunta doméstica. Sua constituição é de iniciativa livre, mas tem efeitos jurídicos previstos no ordenamento. A família reúne interesses morais,

¹⁵ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 07, 08.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: 5º Volume – Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22.

¹⁷ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 8 ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense. 2013. P. 26 citando Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo curso de Direito Civil, 2011, p. 98.

¹⁸ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 8. Ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. P. 26, 27.

biológicos e sociológicos e tem influente papel no desenvolvimento emocional dos seus integrantes e na formação da sociedade.¹⁹

1.2.4 - Pluralismo familiar

O direito constitucional engloba várias formas existentes de família, incluindo o casamento, a família monoparental e a união estável. O casamento tem toda uma previsão legal que dispõe normas de muito específicas sobre habilitação, celebração e direitos e deveres dos cônjuges. A união estável está prevista tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Código Civil, sendo semelhante ao casamento em vários aspectos relacionado a direitos e deveres e a norma sucessória. Porém, a família monoparental, composta por somente um dos pais, não tem nenhuma previsão, mesmo que um número expressivo de brasileiros viva nessa situação.²⁰

1.2.5 - Consagração do poder familiar

Consagração do poder familiar é a formalização do abandono do modelo antigo do pátrio poder. Surge, a partir daí, uma autoridade parental que coloca os cônjuges como seres iguais, conferindo poderes decisórios tanto ao pai quanto a mãe, seguindo características oriundas da lei americana e francesa.²¹

¹⁹ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 05, 06.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: 5º Volume – Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21.

²¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: 5º Volume – Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21.

1.2.6 - Igualdade jurídica entre cônjuges

A família patriarcal foi totalmente alterada a partir do surgimento desse princípio. O poder do marido como líder e tomador de decisões da família desaparece, dando lugar a um modelo de família onde todas as decisões devem ser tomadas em conjunto e de comum acordo entre os cônjuges. Os direitos e deveres de ambos são semelhantes, não tendo um poder algum sobre o outro, são tratados com igualdade.²²

Com as mudanças ocorridas com a sociedade, como o liberalismo sexual e a ascensão da mulher no mercado de trabalho, a mulher deixou de ser submissa, algo que torna inviável a manutenção de um modelo familiar onde às decisões são unilaterais e a mulher deve somente acatar o que for decidido por seu marido.²³

1.2.7 - Liberdade

Fundamenta-se na livre decisão de unir-se a outra pessoa através da união estável ou do casamento. O casal é livre para determinar as regras que prevalecerão sobre sua união no âmbito do planejamento familiar, sendo o Estado responsável apenas por dar condições ao exercício dessa liberdade de escolha quanto à educação, religião e características culturais dessa família.²⁴

²² Ibidem. p. 18.

²³ Idem.

²⁴ Ibidem. p. 21.

1.2.8 – Afetividade

O princípio mais importante do Direito de Família é sem dúvida a dignidade da pessoa humana. É ele que estabelece os limites de cada um, para que um não restrinja a liberdade do outro.²⁵

O afeto não figura como princípio expresso da Constituição Federal ou do Código Civil, porém é o principal fundamento das relações familiares atuais, é o principal regramento do Novo Direito de Família e está inserido dentro da dignidade da pessoa humana, por valorizar esta constantemente.²⁶

Ele demonstra grande valor jurídico no mundo atual, explicando as relações familiares. A Ministra Nancy Andrigh demonstrou em seu julgado a importância desse princípio:

“A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas do mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam por ventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento

²⁵ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 8 ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense. 2013. P. 06.*****

²⁶ Ibidem. P. 06 e 25.

igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.”²⁷

Na família social os laços biológicos eram essenciais, porém esse modelo familiar ficou para trás, desaparecendo durante o grande crescimento urbano e a forte emancipação feminina, principalmente. Juridicamente, a Constituição Federal de 1988, afastou terminantemente esse modelo familiar.²⁸

1.3 - Do Casamento

O casamento surge a partir de uma manifestação de vontade livre de duas partes de se unirem e constituírem família. Trata-se, portanto, de um contrato com cláusulas pré-estabelecidas pelo Código Civil que devem ser seguidas por ambos os cônjuges.²⁹

É uma união instaurada por tempo indeterminado, não admitindo termo inicial, final ou condição. Assim como todo negócio jurídico, é um ato de vontade das partes formalizado nos termos da lei. A família pode formar-se independente do casamento, onde não há a intervenção estatal. Tal instituição gera diversos efeitos no âmbito patrimonial e quanto à organização familiar, demonstrando a necessidade de um estatuto para regular o instituto, já que religião e moral se tornam insuficientes nessa missão.³⁰

Essa forma de união entre pessoas tem previsão bastante forte no Direito Canônico. A Bíblia diz que “o homem deixa o seu pai e sua mãe para se unir à sua mulher; e os dois formarão uma só carne...”.³¹ Assim, o escritor do livro Gênesis do Antigo Testamento estabeleceu, em outras palavras, que homem e

²⁷ STJ, REsp 1.026.981/RJ, Rel. Min Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010. Disponível em <<http://juridiconews.publicacoesonline.com.br/wp-content/uploads/2010/04/REsp-1.06.981-RJ.pdf>> Acesso em 24 de março de 2014.

²⁸ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc> Acesso em: 24 de março de 2014.

²⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Volume V - Direito de Família. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 69.

³⁰ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 38, 39.

³¹ Bíblia. Gêneses, Capítulo 2, Versículo 24.

mulher deixariam seus lares para criar um novo, passando a formar um ser novo, que seria o matrimônio.³²

Maria Helena Diniz coloca o casamento como a mais poderosa instituição do direito privado, já que acredita ser essa a base a família que é o ponto inicial da sociedade.³³ Para ela, o casamento é “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual de modo que haja uma integração psicossíquica e a constituição de uma família.”³⁴

Pontes de Miranda conceitua o casamento, sob o ponto de vista jurídico, como a proteção das uniões realizadas conforme as normas do Código Civil, seguindo suas formalidades.³⁵ A doutrina Católica, inspiradora do Direito Canônico, entende o casamento como um “contrato que se eleva à dignidade de sacramento.”³⁶

Ainda dentro da definição, o autor trata o casamento como um contrato de direito de família que visa regular a vida em comum entre homem e mulher. Os efeitos do casamento só surgem a partir do registro do casamento civil, pois é este que lhe dá existência no mundo jurídico e gera os efeitos civis comuns aos cônjuges. Porém, esses efeitos são resultado do instituto casamento e não das regras contratuais.³⁷

Diferentemente desses autores, Roberto Senise Lisboa conceitua casamento como “um negócio jurídico que versa tanto sobre aspectos patrimoniais como extrapatrimoniais, que refletem sobre os cônjuges e seus parentes, somente podendo ser desfeito por morte e nas demais causas previstas na legislação em vigor”.³⁸

³² CRUZ, Fernando Castro da. Casamento à Luz do Direito Canônico. Editora Palpite, 1998. P. 18.

³³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Volume V – Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 39.

³⁴ Idem.

³⁵ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Tomo VII – Direito de Personalidade, Direito de Família. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 271.

³⁶ Ibidem. P. 278

³⁷ MIRANDA, Pontes de. TRATADO de Direito Privado: Tomo VII – Direito de Personalidade, Direito de Família. P. 281, 282.

³⁸ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: Volume V – Direito de família e sucessões. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 68, 69.

Assim, casamento não é somente a formalização da união sexual de duas pessoas, mas a união de dois corpos com intenção de constituir família. Deve haver entre eles a integração de objetivos que levem ambos os cônjuges ao crescimento material e espiritual, ao desenvolvimento da personalidade por meio do companheirismo, unindo-os por completo, uma relação progressiva entre marido e mulher.³⁹

Na visão do direito de família, o casamento é aquele definido no Código Civil e em leis posteriores que o regulam. Assim, dentro desse direito não seria possível criar novas regras para a instituição. Porém, se a instituição casamento for analisada como um contrato e analisada no ramo do direito das obrigações poderiam ser incluídas diversas outras cláusulas, já que nesse ramo o princípio regente é o da autonomia das partes e da livre definição de cláusulas por essas.⁴⁰

Maria Helena Diniz esclarece em sua obra que a partir do ato matrimonial surgem direitos e deveres recíprocos para os cônjuges, de ordem pública e interesse social e, sem valor pecuniário, dentre eles a fidelidade recíproca.⁴¹

Baseia-se, fundamentalmente, mais nos costumes e na moralidade do que nas leis, e é uma entidade familiar. Os objetivos dos cônjuges são convergentes, ou seja, eles desenvolvem uma vida em conjunto com finalidades e objetivos comuns, fundamentados basicamente no afeto existente no momento do estabelecimento da união, que a motivou.⁴²

O ponto mais importante sobre um casamento é a liberdade de escolha dos nubentes, sendo ultrapassado o casamento forçado ou por indicação dos

³⁹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Tomo VII – Direito de Personalidade, Direito de Família. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 273, 274.

⁴⁰ LISBOA, Roberto Senise. MANUAL de direito civil: Volume V – Direito de família e sucessões. P. 68, 69.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Volume V – Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 40.

⁴² NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 181.

pais. Se houver qualquer tipo de coação para contrair casamento ele torna-se passível de anulação, com legitimidade exclusiva da vítima.⁴³

O casamento é uma instituição monogâmica, ou seja, só pode ser constituído por duas pessoas, sendo vedadas no Brasil as formas de poligamia. Sendo assim, há a exclusividade da união, que é a vedação de ter relações sexuais com pessoas que não sejam o cônjuge.⁴⁴

1.3.1 - Natureza Jurídica do Casamento

Caio Mario da Silva Pereira acredita existem duas correntes majoritárias sobre a natureza jurídica do casamento: uma “institucionalista” e uma “contratualista”. Na primeira, há a “instituição social” por demonstrar uma “situação jurídica, cujas regras e quadros se acham preestabelecidos pelo legislador, com vistas à organização social da união dos sexos”. Para a segunda, o casamento trata-se de um contrato, por ser necessária a livre demonstração de vontade das partes que convergem a uma finalidade jurídica.⁴⁵

Caio Mário da Silva Pereira explicita em sua obra que o legislador não deixou clara a natureza jurídica real dessa relação. Porém, vários autores que tratam do assunto casamento concordam quando o tema é a liberdade de escolha. Já que se cada pessoa tem a liberdade de escolher o cônjuge não é cabível discutir com o celebrante do ato solene os direitos, deveres e regras estabelecidas em lei para a instituição.⁴⁶

No século XIX o assunto natureza jurídica não era discutido doutrinariamente, já que era unânime o consenso de que se tratava de um

⁴³ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: Volume V – Direito de família e sucessões. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 69, 70.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Volume V - Direito de Família. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 71.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Volume V - Direito de Família. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 71.

contrato. Na criação do Código de Napoleão já havia divergências, embora o anteprojeto adotasse a teoria contratualista.⁴⁷

Durante o século XX, a natureza jurídica do casamento foi fortemente analisada e vários autores reconheceram o casamento como uma instituição. Analisando a partir da teoria contratualista, deve-se levar em conta o ato gerador do casamento: o ato volitivo. Porém, esse ato gerador justifica somente a formação do vínculo familiar e não sua qualidade, devendo o legislador estabelecer normas que definam os deveres recíprocos dos cônjuges e condições para a união.⁴⁸

A concepção clássica ou contratualista, adotada pelo Código Napoleão, considerava a união civil um contrato, de forma indiscutível, e sua eficácia e validade surgiriam exclusivamente da vontade manifestada pelas partes.⁴⁹

Para os adeptos dessa teoria, todas as regras comuns a todos os contratos eram aplicáveis ao casamento. Sendo assim, a manifestação de vontade dos contraentes constituía o principal elemento para a celebração do casamento e, por se tratar de contrato, poderia ser dissolvido por um distrato, o ato de desfazer um contrato, dependendo somente da vontade das partes.⁵⁰

1.3.2 Fidelidade

Os contratos comuns permitem aos agentes realizarem negócios com outras pessoas, porém com o casamento é diferente. Mesmo antes da criação da

⁴⁷ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 49.

⁴⁸ Ibidem. P. 50.

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. INSTITUIÇÕES de Direito Civil: Volume V - Direito de Família, p. 69.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume VI: Direito de Família. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 40.

Constituição Federal de 1988, o dever de fidelidade figurava entre os deveres dos cônjuges sendo comum a eles.⁵¹

Trata-se de uma relação jurídica bilateral e *intuitu personae*, onde há a escolha pela pessoa. O anseio pela exclusividade surge a partir da escolha do parceiro e dos sentimentos de desejo, afeto e admiração e do anseio humano de exclusividade, uma das razões da monogamia no mundo ocidental, dever que deve perdurar enquanto existir a sociedade conjugal.⁵²

A união pelo casamento deve ser exclusiva, mais do que por imposição legal, por um traço da civilização, por ser um pensamento social já bastante antigo que decorre da natureza humana. Tanto é que se trata de uma união exclusiva e a bigamia é considerada crime conforme a previsão do art. 235 do Código Penal Brasileiro.⁵³

Em seu livro, Paulo Nader ressalta a afirmação de San Tiago Dantas, no Código de Direito Canônico⁵⁴, que reafirma a importância da monogamia, princípio que atende mais o interesse público que o particular: “É a sociedade, mais do que o indivíduo, que está interessada em que o casamento seja monogâmico e que a exclusividade sexual se observe...”. Para tal afirmação, partiu da ideia de que é preciso garantir condições essenciais à longa durabilidade do casamento.⁵⁵

Ele acredita que o homem e a mulher só alcançam seu potencial máximo quando entregues em uma comunhão plena de vida, o que não ocorre se não houver a exclusividade. Reconhece nos indivíduos a tendência da pluralidade sexual e outra totalmente oposta que leva ao exclusivismo, que surge a partir da repugnância da grande maioria à ideia da pessoa amada mantendo uma relação amorosa diversa. Além disso, ele ressalta como fundamento da monogamia a necessidade da vida sexual limitada, já que sua incontinência pode arruinar o

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume VI: Direito de Família. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 40, 41.

⁵² NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 191.

⁵³ Ibidem. P. 40.

⁵⁴ Código de Direito Canônico, publicado em 25.01.1983. P. 14.

⁵⁵ NADER, Paulo. CURSO de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família, p. 40.

casamento e a própria vida, gerando o “princípio da decadência espiritual e da morte”, citada pelo autor.⁵⁶

O dever moral de fidelidade advém de o casamento ser monogâmico e constitui uma das bases da vida matrimonial. Para ela, esse dever de fidelidade consiste em os cônjuges absterem-se de ter relações sexuais com pessoas estranhas a união e não é necessário que seja continuado, somente uma infração desse dever já configura o adultério, injuriando o outro cônjuge.⁵⁷

As normas que estabelecem os deveres dentro de um matrimônio são justificadas no âmbito judicial, porém dentro das relações elas podem ser abolidas. É o exemplo da fidelidade, dever que só será invocado quando houver interesse em um cônjuge de acusar o outro pela quebra de um dos deveres pré-estabelecidos pela norma.⁵⁸

O dever de fidelidade é considerado por parte da doutrina um dever caracterizador da união, pensamento não acompanhado por Paulo Lôbo. Para ele, o controle da fidelidade, como uma forma de controlar a sexualidade dos indivíduos, atinge diretamente a liberdade à intimidade e à privacidade das pessoas, entendendo que o controle desta cabe somente a própria pessoa, de acordo com sua consciência, não devendo ser regulado por nenhum meio externo. Em seu entendimento, a fidelidade recíproca deveria ser transformada, no mundo moderno, nos deveres de consideração e respeito mútuo.⁵⁹

A relação sexual com pessoa diversa do cônjuge é considerada uma atitude de desrespeito com o cônjuge, fato este que caracteriza o adultério, crime previsto no art. 240 do Código Penal Brasileiro⁶⁰, até sua revogação pela lei 11.106 de 28 de março de 2005.⁶¹ Para a doutrina, adultério como crime é um

⁵⁶ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 40.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume VI: Direito de Família. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 42.

⁵⁸ NADER, Paulo. CURSO de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família, p. 181.

⁵⁹ Ibidem. P. 192.

⁶⁰ Art. 240, Código Penal Brasileiro. Revogado pela lei 11.106 em 28 de março de 2005.

⁶¹ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 192.

excesso, mas a sua descaracterização no âmbito penal não atenua sua gravidade no âmbito cível.⁶²

Porém, com a promulgação do Código Civil de 2002 não há mais essa distinção na fidelidade, tendo a conduta desonrosa como caracterização. Nesta, não é necessária a intenção de se cometer o adultério, sendo o mero ato corporal caracterizador da conduta, conforme previsão do art. 1573, inciso VI do referido Código⁶³. Sendo assim, não há diferença no âmbito jurídico se o adultério foi cometido com sentimento ou não, sendo relevante somente a ocorrência do ato.⁶⁴

A legislação brasileira limitou-se a definir que deve existir uma fidelidade recíproca, porém não se alongou na explicação, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência o entendimento dessa obrigação.⁶⁵

Pelo Código Civil, em seu art. 1573, inciso I⁶⁶, a caracterização de adultério seria justificativa plausível para a proposição de uma separação, com fundamento em injúria grave, cabendo apenas ao cônjuge traído a legitimidade para propor ação.⁶⁷ Através da Emenda Constitucional nº 66/2010, essa necessidade de justificativa para a separação foi retirada, estabelecendo o divórcio direto, onde o único requisito é o mero interesse de qualquer uma das partes.⁶⁸

Diferentemente do que ocorria na sociedade paternalista, onde o adultério feminino era considerado pior que o masculino, não há mais qualquer distinção entre eles do ponto de vista jurídico. Mesmo que entre os cônjuges seja estabelecido um acordo que os libere de cumprir o dever de fidelidade, no âmbito jurídico ele não tem qualquer validade, por ser o dever próprio do casamento.⁶⁹

⁶² Ibidem. P. 193.

⁶³ Art. 1573, inciso VI, Código Civil Brasileiro.

⁶⁴ NADER, Paulo. CURSO de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família, p. 192

⁶⁵ Ibidem. P. 193.

⁶⁶ Art. 1573, inciso I, Código Civil Brasileiro.

⁶⁷ NADER, Paulo. CURSO de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família, p. 193.

⁶⁸ Emenda Constitucional nº 66/2010.

⁶⁹ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 194.

2 - Dos fundamentos sobre a Responsabilidade Civil

Uma sociedade onde não existem conflitos nem ilícitos e onde um não atinge o outro de forma direta é utópica, principalmente no mundo de hoje, onde as relações sociais estão cada vez mais intensas com o uso de meios como a internet. Assim, torna-se cada vez mais necessária a existência de algum meio de reparar os danos causados a outrem, visando manter a ordem e a harmonia social.⁷⁰

Não se trata de um tema novo, mas que está em forte ascensão, crescendo de acordo com a necessidade de inibir ameaças e danos que o homem pode infringir a si mesmo, sendo ele o único sujeito possível de ser objeto ou causador de responsabilidade.⁷¹

Roberto Senise Lisboa separa em sua obra a conduta exigida do agente de forma negocial ou legal em dois tipos: aberto e fechado. O tipo aberto é o que não descreve por completo o ato ilícito do agente e o tipo fechado é o que o descreve integralmente. Ele ainda afirma que o tipo civil está incluso no tipo aberto porque todo comportamento antijurídico que gere dano a alguém pode ser passível de indenização.⁷²

O homem sofre as consequências por seus atos ao violar os padrões comportamentais, podendo ter a si imputada à obrigação de restaurar a situação encontrada antes do ato, visando compensar a lesão sofrida.⁷³

Ela pode ser resultado da violação tanto de normas jurídicas como de normas morais, juntas ou de forma independente. Na área jurídica, a responsabilidade só é caracterizada como tal quando há um prejuízo comprovado a um indivíduo ou a vários, de forma coletiva. Na área moral as possibilidades de

⁷⁰ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 7 – Responsabilidade Civil. 3. Ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 04.

⁷¹ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito Civil – Responsabilidade Civil: Volume 7. 2. Ed. São Paulo, 2012. P. 28.

⁷² LISOBA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Volume 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004. P. 432.

⁷³ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Op. cit., p. 29.

dano são maiores, por tratar-se de algo subjetivo, que varia de acordo com a consciência individual, e, por ser algo de cunho pessoal, não cabe possibilidade de causar dano à terceiro.⁷⁴

Conforme conceitua Maria Helena Diniz, a ação é:

*“ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.”*⁷⁵

Roberto Senise Lisboa acrescenta que somente será considerado ato ilícito aquele que vai contra o ordenamento jurídico, gerando algum dano de ordem patrimonial ou extrapatrimonial à vítima.⁷⁶

Por séculos, só era considerado o dever de indenizar caso houvesse a vontade do agente em causar um dano, não existia responsabilidade se não houvesse um ato culpável e voluntário. Esse pensamento foi alterado por causa da evolução do senso de justiça e, a princípio, todo dano deve ser reparado. A responsabilidade passou a ser fundamentada não somente na culpa, mas no exercício de atividades que possam gerar danos ou atividades com grandes riscos. Deixou de ser julgada a conduta e passou-se a analisar o dano causado, injusto ou ilícito.⁷⁷

O dano é o elemento fundamental da responsabilidade civil. Se ele não ocorrer não há nenhum prejuízo à vítima e, portanto, não há o que ser indenizado. Além disso, ele deve ser certo, não se admitindo a hipótese de um dano, e subsistente, ou seja, o dano ainda existe e não foi reparado.⁷⁸

A responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual. Na contratual, o agente infringe uma das normas estabelecidas em contrato

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 20.

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Volume 7 : Responsabilidade Civil. 18. ed. Revisada, Aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43, 44.

⁷⁶ LISOBA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Volume 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 431.

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. DIREITO Civil brasileiro, Volume 4: Responsabilidade Civil, p. 30, 31.

⁷⁸ LISOBA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Volume 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 495, 496.

previamente aceito pelas partes. Na extracontratual, há o descumprimento de um dever legal, moral, e não existe nenhum vínculo jurídico entre as partes.⁷⁹ Três requisitos devem estar presentes para que seja configurada a responsabilidade civil: uma ação ou omissão, culpa ou dolo do agente e o nexo causal, que é a relação de causa e efeito existente entre a ação e o dano⁸⁰. Roberto Senise Lisboa ainda acrescenta a esse rol a transgressão de um dever estabelecido pela lei ou contratualmente e a imputabilidade do agente, já que para poder ser responsabilizado o agente tem que ser capaz, ou seja, ter a habilidade de discernimento.⁸¹

O dolo ou culpa é elemento caracterizador da responsabilidade subjetiva e exerce grande influência na quantificação da indenização devida. Quando o agente pratica um ato com intenção de causar dano ou um ato que seria previsível e poderia ter sido evitado, ele será automaticamente responsável pela reparação do dano. Para a teoria clássica, só existiria responsabilidade e, assim, obrigação de reparar o dano causado, caso o agente tivesse agido com dolo ou culpa.⁸²

A culpa pode exercer grande influência na obrigação de reparação do dano. Na teoria clássica, a culpa fundamentava a responsabilidade, formando a responsabilidade subjetiva e, sem a existência dela ou na falta de sua comprovação, não se configurava o dever de indenização dos danos causados.⁸³

Carlos Roberto Gonçalves explicita em sua obra sobre o tema a forma de análise da culpa. Ele afirma que existem dois fatores que não podem ser ignorados: a previsibilidade e o comportamento padrão do homem médio. Quando o dano era previsível e poderia ter sido evitado pelo agente, há culpa. O mesmo

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 44.

⁸⁰ Ibidem. P. 53.

⁸¹ LISOBA, Roberto Senise. MANUAL de Direito Civil: Volume 2: Obrigações e Responsabilidade Civil, p. 430.

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. DIREITO Civil brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil. 6, p. 48.

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 48, 49.

ocorre quando a ação diverge do que seria comum a todos os homens, como é o caso da negligência.⁸⁴

As possibilidades de responsabilização civil não se limitam somente as em que ficarem caracterizados o dolo ou a culpa. Existe a possibilidade de a responsabilidade ser objetiva. Nela, não é exigido que seja provada a culpa ou intenção do agente de causar determinado dano. Não quer dizer que em casos de culpa presumida ela não exista, mas ela não interfere na determinação da existência de responsabilidade, devendo ser provado somente o nexo entre o dano e a ação.⁸⁵

Só poderá haver indenização se houver um dano e a comprovação de um prejuízo, já que a responsabilização é resultado de uma obrigação de ressarcir, que não existe sem algo que deva ser reparado.⁸⁶

O ato que gera dano pode ser causado por alguém estranho à relação, sendo um fato ilícito de terceiro, ou por uma das partes da relação, um ato ilícito próprio. O próprio trata-se claramente de uma conduta divergente da que se esperava, já que havia um contrato ou determinação legal que exigia dele conduta diversa.⁸⁷

A indenização pode ter um caráter reparatório. É a primeira e principal função da responsabilidade civil. Funda-se, basicamente, em um sentimento de que deve ser feita justiça, já que o dano causado altera o equilíbrio econômico e jurídico existente anteriormente para a vítima e esse equilíbrio deve ser restabelecido. É a intenção de fazer as coisas retornarem a como eram antes da lesão sofrida, o que significa que o dano deve ser integralmente reparado.⁸⁸

O ato pode ser ilícito no âmbito penal, onde é determinada uma pena a ser cumprida pelo autor do fato. Isso, porém, não obsta que haja também uma condenação no âmbito cível, desde que haja repercussão neste, relativa aos

⁸⁴ Ibidem. P. 35.

⁸⁵ Ibidem. P. 49.

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Volume 7 : Responsabilidade Civil. 18. ed. Revisada, Aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 63.

⁸⁷ LISOBA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Volume 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 488.

⁸⁸ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Op. cit., p. 53.

danos causados por aquele fato. A diferença entre eles é que no penal há uma sanção criminal e no cível um dever de reparar através de indenização.⁸⁹

Um dano causado a outrem pode ter, além da natureza reparatória, que visa ressarcir a vítima pelo prejuízo patrimonial sofrido, caráter pedagógico ou compensatório.

A indenização pedagógica tem intenção desestimular o autor e a coletividade a cometer novamente o ilícito ou atos parecidos. De difícil quantificação e identificação do lesado, geralmente essa indenização é superior ao dano causado.⁹⁰ Sua quantificação deve levar em conta a posição de culpa do agente, essencial para o caráter pedagógico ou punitivo, e o grau de culpa deste.⁹¹

A indenização compensatória é a parte da responsabilidade que dispõe sobre prejuízos que não podem ser valorados de forma direta, e, assim, não podem ser ressarcidos. Tem valor moral, sentimental, abrangendo a moral, a privacidade, a intimidade e a imagem. Danos a esses patrimônios pessoais não podem ser restabelecidos, assim, qualquer indenização nesse sentido será de caráter compensatório de forma pecuniária, já que após a ofensa não é possível alterar a situação fazendo-a retornar a como era anteriormente.⁹²

A compensação visa minimizar sentimentos negativos sofridos pela vítima através da conduta do ofensor, tenta substituir algo que falta. Nesse caso, o valor da indenização não será sempre equivalente ao dano sofrido, já que esse não pode ser quantificado de forma objetiva.⁹³

A indenização por danos materiais se limita a extensão do dano patrimonial sofrido, podendo ser reparatória ou indenizatória.

⁸⁹ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A reparação dos danos morais: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 11.

⁹⁰ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Op. cit., p. 55.

⁹¹ FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Elementos de responsabilidade civil por dano moral. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 152.

⁹² WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Op. cit., p. 54.

⁹³ Ibidem. P. 54, 55.

O dano moral é um prejuízo de foro íntimo causado a vítima, atinge o direito personalíssimo da pessoa. Geralmente, atinge o campo imaterial, psicológico, mas pode atingir danos que vão além da moral, devendo assim ser observado se o dano é estritamente moral ou *strictu sensu*. A ofensa moral tem indenização de difícil quantificação, pois ela atinge algo completamente subjetivo e não pode ser avaliado pecuniariamente. A intenção é amenizar a dor sofrida pelo ofendido.⁹⁴

A reparação de um dano moral é totalmente independente da reparação material, não sendo estes vinculados, já que pode existir uma ofensa que atinja a área moral e não cause nenhum dano no sentido patrimonial e vice versa. Porém, essas duas formas podem ser cumuladas a partir de um mesmo fato que atinja ambas. O valor é fixado em um montante que possa desencorajar o agente a repetir aquele ato danoso e a comprovação é a partir da simples demonstração de que aqueles fatos ocorreram e que deram causa ao dano.⁹⁵

Para alguns autores, como Maria Helena Diniz, adeptos da teoria negativa, seria impossível indenizar um dano moral sofrido pela incerteza na comprovação de um direito violado e na existência de um dano real, pela impossibilidade de se avaliar pecuniariamente a extensão do dano e por acreditar que seria imoral tentar compensar uma dor pessoal através de dinheiro.⁹⁶

Dentro da responsabilidade subjetiva pode haver a presunção de culpa do agente, principalmente quando o direito violado for um dever previsto em lei.

Não existem normas específicas para estabelecer uma obrigação de indenização entre cônjuges dos pontos de vista moral ou material por danos anteriores ou posteriores a separação. Sendo assim, são aplicadas as normas gerais relativas à responsabilidade civil, devendo ser estabelecidos a ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade, e a culpa.⁹⁷

⁹⁴ LISOBA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Volume 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 499, 500.

⁹⁵ LISOBA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Volume 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 503.

⁹⁶ Ibidem. P. 500, 501.

⁹⁷ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 234

O direito de ser indenizado surge a partir da comprovação de que a pessoa sofreu um dano e que este foi causado pelo outro. Danos morais decorrentes de separação ou divórcio não são indenizáveis, porém atos ilícitos, em desconformidade com as normas, ocorridas durante o casamento, como a infidelidade, são.⁹⁸

2.1 - Do Dano Moral

Existem inúmeras regras morais, sociais, religiosas que regem a vida do homem. Algumas vezes, tais regras terminam por ser confundidas com as regras jurídicas, que são impostas pelo Estado e coativas, ou seja, devem ser respeitadas por todos. Além disso, as normas jurídicas criam deveres e direitos exigíveis de forma bilateral.⁹⁹

A moral varia de pessoa pra pessoa já que se trata de matéria personalíssima e foro íntimo, não sendo assim exigível que uns ajam conforme a moral de outros, diferente do direito, que é exigível de forma igual de todos.¹⁰⁰

Partindo dessa definição de que se trata de algo pessoal, não é toda ofensa a moral que será indenizável. Para que seja passível de responsabilidade o dano deve atingir o âmbito jurídico e trazer claros prejuízos à vítima, cumprindo todos os requisitos de configuração da responsabilidade civil. É importante frisar que mesmo que para o agente não esteja claro o dano causado por seus valores morais serem diferentes dos da vítima, a responsabilidade civil é coercitiva, devendo ele indenizá-lo independente de concordância.¹⁰¹

Segundo Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, direitos da personalidade são “direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo (...) se eles não existissem, a pessoa

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Op. cit., p. 33.

¹⁰⁰ Ibidem. P. 34.

¹⁰¹ FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Op. cit., p. 34, 35.

não existiria como tal”. O direito de personalidade é, então, fundamental e particular a cada meio social.¹⁰²

2.2 - Dos contratos

O contrato é algo de natureza totalmente livre, ou seja, só é celebrado se houver a vontade de uma pessoa de realizar um negócio jurídico com outra pessoa. Por essa razão, não será imposto a alguém celebrar um contrato se aquele não quiser.

Caio Mário Da Silva Pereira acredita que o contrato é fundado pela vontade, algo querido pelas partes. Quando duas vontades se encontram e há um interesse comum, uma dupla manifestação de vontade, formando um negócio jurídico conhecido como bilateral. Ele ressalta, ainda, que ele só se forma quando ambas se ajustam.¹⁰³

Para o autor, esse negócio jurídico deve obedecer às determinações legais inerentes àquele negócio específico, o que, caso não seja feito, poderia não criar direitos. Os contratos tem força vinculante, ou seja, quando ele é celebrado a parte deve obedecer às cláusulas ali pré-estabelecidas, pois concordou com elas, e os contratantes sofrem os efeitos sociais do contrato, tendo sobre si o impulso de cumprir as normas sociais a ele inerentes.¹⁰⁴

¹⁰² Ibidem. P. 41.

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Volume III – Contratos: Declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p 07.

¹⁰⁴ Ibidem. P. 07 e 11.

2.2.1 - Da boa-fé nos contratos

Os contratos têm diversas regras implícitas que são inerentes a todos, independente da vontade das partes ou de pré-estabelecimento diverso. Essas regras são chamadas de princípios.

Ele se torna entre lei entre os contratantes e as partes estão obrigadas a cumpri-lo. Isso se fundamenta não somente pela imposição social e estatal da vontade, mas na confiança que garante segurança ao negócio jurídico, através de previsibilidade e estabilidade. Elas asseguram como o cumprimento do contrato vai ser feito enquanto ele perdurar e que aquilo que foi estabelecido não será alterado, a menos que seja de livre e espontânea vontade das partes.¹⁰⁵

A função social dos contratos determina que eles devem ser exercidos prevalecendo o interesse coletivo aos individuais, não podendo haver conflitos entre eles. Não há função unicamente individual, entrando sempre na esfera dos direitos coletivos. Assim sendo, não é de aplicação opcional, ele está integrado a todos os contratos, independente de acordo ou vontade das partes.¹⁰⁶

A boa-fé, de forma subjetiva cria deveres negativos, no sentido que não se deve fazer algo. Nela, há o intuito apenas de não prejudicar a outra parte, sem qualquer intenção de tomar atitudes visando o mais fácil cumprimento da obrigação. Já a objetiva, cria tanto deveres negativos quanto positivos, onde além de não praticar ações que prejudiquem que a outra parte, o sujeito deve agir de forma que aumentem as possibilidades de cumprimento do contrato, de forma cooperativa.¹⁰⁷

Ela refere-se ao comportamento do sujeito da relação, ao cumprimento das reações esperadas a cada tipo de contrato de forma a beneficiá-lo e é uma forma de interpretação do contrato celebrado, criando deveres como o de cuidado, cooperação e também como forma de limitação, vedando que a parte

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo. Direito civil: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 62.

¹⁰⁶ Ibidem. P. 69.

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Volume III – Contratos: Declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p 18.

tenha conduta diversa do acordo celebrado.¹⁰⁸ Totalmente fundada na confiança, a boa-fé objetiva significa conduta leal, correta e honesta.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ LÔBO, Paulo. Direito civil: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 73.

3 – Da possibilidade de responsabilidade civil por danos morais em caso de traição no casamento

A família é a base da sociedade e, mesmo hoje com a mudança dos costumes, a principal forma de constituição de família é através do casamento. A instituição sofreu diversas mudanças que acompanharam o desenvolvimento econômico e social da sociedade moderna. As relações não são mais como eram em século e até décadas anteriores.

Em outros tempos, como na Roma antiga, a mulher devia ser submissa ao homem, tendo ele total poder sobre ela. No momento do casamento, ela era desvinculada de sua família de origem passando a pertencer única e exclusivamente à família de seu marido. A mulher não tinha poder nem sobre os filhos advindos da união. O homem era completamente livre para escolher a forma como trataria sua família e não tinha nenhum dever de respeito à esposa, obedecendo somente sua consciência e ao dever de ser o provedor daquela família. Era sua única obrigação com eles.¹¹⁰

A escolha dos cônjuges não era feita de forma livre. Os pais tinham a missão de arranjar casamentos para seus filhos visando mais vantagens de cunho econômico, político e social. Os filhos eram quase como produtos trocados por vantagens.

Ao longo da história, vários casos de infidelidade são conhecidos. Muito comuns eram os casos de imperadores e reis que concediam às suas amantes títulos de nobreza e vida de luxo para que pudessem conviver com a alta patente da sociedade e, assim permanecer sempre próximas e à disposição daquele homem. Tais casos eram de conhecimento de toda a sociedade, mas, naquela época, pouco poderia ser feito. O homem mandava.¹¹¹

¹¹⁰ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Tomo VII – Direito de Personalidade, Direito de Família. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 204.

¹¹¹ Amor na Roma Antiga. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Amor_na_Roma_Antiga> Acesso dia 27/03/2014.

Com o passar do tempo e as mudanças sociais sofridas, a família também mudou. A mulher passou a ser vista como igual o que se tornou um dos principais princípios quando se trata de direito de família. Os deveres matrimoniais deixaram de ser exclusivos dela e passaram a ser comum a ambos os cônjuges, devendo haver respeito, fidelidade, assistência e respeito mútuos.

Assim como a instituição sofreu alterações, a escolha do cônjuge também mudou. O que antes era dever dos pais passou a ser única e exclusivamente de escolha dos nubentes, sendo nula qualquer união em que tenha havido coação, conforme prevê a legislação brasileira.

3.1 - O casamento como uma forma de contrato

Os contratos são de livre iniciativa. Há a liberdade para celebração e na escolha quanto à outra parte com quem o contrato será celebrado. Não existe uma forma de obrigar um agente a celebrar um contrato com outro se essa não for sua vontade, que deve ser manifestada de forma totalmente livre.

Caio Mario da Silva Pereira afirma em sua obra:

“...o contrato se origina da declaração de vontade, tem força obrigatória, deve atender à sua função social, observar o princípio da boa-fé, e forma-se, em princípio, pelo só consentimento das partes. Há, ainda, mais. Nasce da vontade livre, segundo o princípio da autonomia da vontade.

A ordem jurídica, que assegura aos indivíduos a faculdade de criar direito e estabelecer uma vinculação afetiva, não se contenta com isto, e concede-lhes a liberdade de contratar.”¹¹²

O casamento, dentro de uma análise a partir de suas normas, forma de celebração, condutas sociais esperadas e impostas aos cônjuges, trata-se de um contrato. Parcialmente, é um contrato de adesão, pois há normas previamente

¹¹² PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Volume III – Contratos: Declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p 18.

estabelecidas pelo Código Civil de que os cônjuges não podem dispor devendo ser aceitas exatamente da forma como elas são apresentadas. Por outro lado, há uma vasta quantidade de cláusulas que podem ser modificadas pelos cônjuges, como o regime de bens e, atualmente, até a questão da coabitação pode ser negociada pelo casal. Por se tratar de algo livre, mesmo algumas regras impostas podem ser abolidas, o que varia de acordo com a vontade livre e de acordo feito entre as partes.

Pontes de Miranda analisa o casamento sob esse ponto de vista. Para ele, trata-se de um contrato livre das partes, uma opção de cada um de unir-se a alguém, de sua escolha, por razões afetivas.¹¹³

A Igreja Católica foi a principal influenciadora na questão da monogamia ao, em 1439, instituir o matrimônio como um sacramento no Concílio de Florença. Simbolizava a união entre Jesus Cristo e a Igreja, algo completamente indissolúvel.¹¹⁴

Para a Igreja Católica, o casamento mantém essa característica de indissolubilidade. Todos só podem ter essa união oficializada pela instituição, em regra, uma vez, o que, para muitos, ainda é de extrema importância e valor.

Do ponto de vista sociológico, o brasileiro não é tolerante com traições, independente da forma em que ela se apresenta e da sua matéria. A bigamia, crime presente no Código Penal, consiste em uma pessoa já casada casar-se novamente com outra e só é praticado caso haja efetivamente a celebração do casamento, mas vários escândalos de infidelidade conjugal são vistos no mundo todos os dias.

Conforme a norma da Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 6º, recentemente revogado, para se obter o divórcio era necessária a comprovação de que o casal estava separado de fato há pelo menos dois anos ou

¹¹³ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Tomo VII – Direito de Personalidade, Direito de Família. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 278.

¹¹⁴ Belfort, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. A traição como objeto de indenização por danos morais. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194&revista_caderno=14> Acesso em 26/03/2014.

judicialmente há pelo menos um ano, além de a união ter durado pelo menos dois anos.¹¹⁵

A Emenda Constitucional nº 66, trouxe uma grande evolução ao ordenamento jurídico brasileiro. Ela alterou a disposição constitucional do divórcio, que ocorria de forma lenta e demorada, e tornou-o direto, tendo como únicas exigências para ocorrer à existência de um casamento válido e a vontade das partes de dissolverem o vínculo matrimonial.¹¹⁶

O casamento tem regras muito específicas que não são comuns a todos os contratos, mas, de forma geral, tanto os casamentos quanto os contratos de outras naturezas são pautados na confiança de que as duas partes irão cumprir com o que se dispuseram a fazer.

Dentre as diversas cláusulas desse contrato, estão as de assistência, respeito e consideração e fidelidade mútuos. De acordo com o ponto de vista da sociedade atual, esse princípio de que um cônjuge deve fidelidade ao outro ainda é de extrema importância, fundando-se no ideal de que o Brasil é um país que não admite qualquer forma de poligamia, tanto em sua legislação quanto pela sociedade em geral. A sociedade ainda é extremamente fundada na ideia de que deve haver monogamia e, assim, exclusividade nas relações.¹¹⁷

Partindo da ideia de que todos são livres para escolher se desejam se casar ou não, com quem desejam estabelecer uma união e, que a partir do momento que não desejarem mais permanecer na união poderão dissolvê-la sem qualquer impedimento, o descumprimento das cláusulas estabelecidas no momento da celebração do casamento torna-se descabido. Assim como casar-se é uma escolha, manter-se casado também é.

¹¹⁵ Constituição Federal de 1988, art.226, §6º, revogado. Disponível em http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf226a230.htm Acesso em 27/03/2014.

¹¹⁶ Emenda Constitucional nº66. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm Acesso em 27/03/2014.

¹¹⁷ Belfort, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. A traição como objeto de indenização por danos morais. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194&revista_caderno=14> Acesso em 27/03/2014.

Na decisão de nº 2011/0079349-3, o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo ressaltou a importância da existência de fidelidade recíproca, fundamentando-a como um dever ético:

“O casamento que obriga cumprir o dever legal da fidelidade é aquele que se alimenta na aliança protegida pela honestidade e pelo comportamento social pautado na ética e pela boa-fé, valores que quando se discute a culpa unilateral. A fidelidade somente existe quando é mútua e quando o amor é compartilhado com a mesma intensidade.”¹¹⁸

3.2 - Da configuração do dano moral e possível indenização

A responsabilidade civil, conforme conceitua Maria Helena Diniz, surge a partir de um ato voluntário e objetivamente imputável, seja ele comisso ou omissivo, lícito ou ilícito, gerando um dever de reparar o dano sofrido pela outra parte.¹¹⁹

Conforme afirma Maria Berenice Dias, juíza do Rio Grande do Sul, o descumprimento de qualquer obrigação gera um dever reparatório, o que não seria diferente com o casamento, onde o cônjuge assume a obrigação de ser fiel e posteriormente não o faz gerando uma ofensa ao outro cônjuge e, conseqüentemente, um dever de repará-lo. Ainda segundo ela, o casamento é como qualquer outro contrato, gerando compromissos e deveres.¹²⁰

¹¹⁸ Belfort, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. A traição como objeto de indenização por danos morais. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194&revista_caderno=14> Acesso em 27/03/2014.

¹¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Volume 7 : Responsabilidade Civil. 18. ed. Revisada, Aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43, 44.

¹²⁰ Belfort, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. A traição como objeto de indenização por danos morais. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194&revista_caderno=14> Acesso em 27/03/2014.

Casamento é uma união por tempo indeterminado, não admitindo data final previamente estabelecida ou condição. Trata-se de uma forma de negócio jurídico, um ato de vontade das partes que obedece aos termos da lei objetivando a constituição de uma família.¹²¹

A família forma-se independente do casamento que, como pertence ao direito de família, é regido pelo princípio da mínima intervenção estatal, gerando efeitos na esfera patrimonial e na organização familiar, com a necessidade de um estatuto que regule o instituto que é fortemente incentivado pela Igreja Católica, sendo, porém este insuficiente nessa missão.¹²²

A questão da responsabilização civil é tão importante que a carta magna brasileira tratou do assunto relativo à inviolabilidade dos direitos de personalidade, deixando prevista a obrigação de indenização por dano moral ou material decorrente da violação da honra, intimidade e imagem das pessoas.¹²³

Em seu artigo acerca da responsabilidade civil na traição, a autora Christianne Grazielle Rosa de Alcântara Belfort, cita trechos de texto do professor Rui Stoco onde ele repudia a conduta, afirmando que a traição fere não somente o outro cônjuge, mas também parente e amigos daquele casal e toda a sociedade. Além disso, gera danos a honra objetiva e subjetiva da pessoa, gerando mágoa e frustração, sendo devida a indenização.¹²⁴

A indenização por dano moral tem caráter punitivo e reparador, além de visar coibir a conduta. A análise de sua ocorrência é feita a partir do senso comum, do que para a sociedade em geral é aceitável ou condenável, da razoabilidade.¹²⁵

¹²¹ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 38, 39.

¹²² NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 38, 39.

¹²³ Constituição Federal de 1988.

¹²⁴ Belfort, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. A traição como objeto de indenização por danos morais. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194&revista_caderno=14> Acesso em 27/03/2014.

¹²⁵ Belfort, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. A traição como objeto de indenização por danos morais. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194&revista_caderno=14> Acesso em 27/03/2014.

O dever de indenização por dano moral a partir de uma traição parte da ideia de que a imagem da pessoa, a forma como ela se vê e é vista perante a sociedade foram atingidas, causando danos que muitas vezes nunca serão reparados. No senso comum, traição é algo inaceitável, pois difere dos termos que definem a instituição casamento, portanto, passível de indenização.

A simples traição não configura uma causa resolutive do contrato de casamento, podendo este ser mantido se for a vontade das partes. A única forma de resolução é o divórcio, ressaltando-se que ele pode ocorrer em qualquer momento após o casamento e que ninguém é obrigado a manter-se casado se essa não for sua livre e espontânea vontade. O divórcio configura uma opção melhor do que o descumprimento dos votos.¹²⁶

Mesmo assim, algumas pessoas preferem agir de forma desleal e extinguir o fundamento da confiança existente no casamento. Então, quando o cônjuge tem essa conduta é de forma livre e intencional, um ato que não é ilícito, mas é repudiado socialmente, mesmo que não seja uma situação previamente analisada por ele.

Em decisão de apelação nº 453.776-44/4-00 sobre um caso de traição em uma união estável onde a autora pleiteava uma indenização por traição de seu companheiro, ocorrida na Comarca de Guarulhos/SP, o Desembargador Antônio Marcelo Cunzolo Rimola afirmou:

“[...]O dano moral decorre do sofrimento exagerado imposto à autora. Não se pode duvidar que o fato em questão gerou enorme vexame, humilhação e representou duro golpe à autoestima da requerente, sobretudo porque praticado em ambiente familiar (festa de formatura do requerido), de confraternização, expondo a autora ao ridículo perante sua família, a família do requerido e outras pessoas que frequentavam a festa. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo é controvertida acerca da ocorrência de dano moral em

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194&revista_caderno=14> Acesso em 27/03/2014.

¹²⁶ Belfort, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. A traição como objeto de indenização por danos morais. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194&revista_caderno=14> Acesso em 27/03/2014.

hipóteses de adultério. Tem prevalecido o entendimento de que não é qualquer situação de adultério que causa o dano moral, mas sim casos excepcionais, que fogem a uma certa ?normalidade?, devido à intensidade com que atinge a honra subjetiva e objetiva da parte contrária.[...]

[...]O importante, para efeito de verificação do dano moral indenizável, não é o adultério em si mesmo, porque fato previsível e até comum na atualidade, cuja ocorrência, é bom destacar, não se dá apenas por deslealdade, mas também pelas circunstâncias que hoje aproximam as pessoas com afinidades comuns muito mais do que antes. O importante é saber se dele resultou para o outro uma situação vexatória ou excepcionalmente grande o suficiente para ultrapassar os limites do desgosto pessoal pela conduta do outro cônjuge ou companheiro.[...]

[...]...O adultério é uma infração que desonra os compromissos matrimoniais e constitui causa para a separação porque a coabitação passa ser insuportável [artigo 5º, caput, da Lei 6515/73 e artigo 1573, I, do CC, de 2002]. Os Juízes sabem que o adultério, mesmo reprovado pelo Direito e pela moral, continua sendo um acontecimento social que destrói os lares. O recurso dos requeridos fica rejeitado, mantido o dever de indenizar, por ofensa aos predicados da honra da mulher ultrajada pela traição que fez ruir os alicerces de seu lar, perturbando a vida familiar [...]"¹²⁷

Na situação apresentada, o desembargador reiterou decisão do juiz de primeiro grau, mantendo a decisão de que a autora da ação deveria ser indenizada por seu companheiro. A união estável está equiparada ao casamento em diversos fatores e entre eles estão os deveres, sendo o de fidelidade comum a ambos.

Tem se tornado recorrente a decisão de Tribunais quanto a existência de ofensa quando há traição e a obrigação de indenizar pelos danos morais causados a outra parte, incluindo uma análise do comportamento da parte

¹²⁷ Acórdão de nº 453.776-44/4-00. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/40878418/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-iii-26-09-2012-pg-2297> Acesso em 27/03/2014.

traída. Se esta tiver traído o cônjuge em momento anterior, por exemplo, não será configurada a humilhação nem o dano moral.¹²⁸

A indenização por dano moral tem, nesse caso, função de reparar o dano sofrido e de inibir que a infidelidade se torne algo mais comum e banal, o que poderia levar a falência da instituição do casamento pela perda de seus valores. Existem situações onde não há respeito mútuo entre os cônjuges e esses casos não devem ser indenizados, mas em casos em que um cônjuge é fiel e presta a devida assistência ao longo de toda a união, ele deveria no mínimo ter direito a uma reparação pela ofensa sofrida.

¹²⁸ Belfort, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. A traição como objeto de indenização por danos morais. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194&revista_caderno=14> Acesso em 27/03/2014.

Conclusão

Um contrato é um ato de vontade voluntário e espontâneo que surge a partir da escolha de duas pessoas de realizarem um negócio jurídico uma com a outra. Tal definição é compatível com a do casamento, onde duas pessoas manifestam sua vontade de construir uma vida conjunta fundamentada no afeto que tem uma pela outra e em objetivos e interesses comuns, formando assim nova família.¹²⁹ Para tal, as partes seguem todos os procedimentos e prazos legais impostos e aceitam as normas estabelecidas pelo Estado quanto a regime de bens, deveres e direitos.¹³⁰

Assim como a celebração de um contrato é uma opção, casar-se também é. Todos são livres para decidir se desejam se casar, com quem desejam se casar e se desejam manter-se casados. A partir do momento que essa escolha é feita, a parte manifesta estar de acordo e cumprir todos os deveres inerentes àquilo que ela concordou quando demonstrou sua aceitação. Assim como diz a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso I:

I - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Não existe lei alguma no ordenamento jurídico brasileiro que obrigue uma pessoa a permanecer casada com outra que não seja de sua vontade, muito pelo contrário, há normas que visam evitar que essa situação ocorra. É o caso da Emenda Constitucional nº 66¹³¹, que instituiu o divórcio direto, uma medida legal muito mais fácil que a conhecida anteriormente, se adequando ao mundo moderno, de se encerrar um vínculo matrimonial. Portanto, trata-se claramente de um ato liberal da pessoa que, a partir do momento não desejar mais permanecer na relação e cumprir seus deveres matrimoniais poderá dissolvê-la através do divórcio.

¹²⁹ LISBOA, Roberto Senise. MANUAL de direito civil: Volume V – Direito de família e sucessões. P. 68, 69.

¹³⁰ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 181.

¹³¹ Emenda Constitucional nº66. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm Acesso em 27/03/2014.

Assim como divorciar-se é um ato de liberalidade consciente, trair também é. Tal ato trata-se de um descumprimento do dever conjugal de respeitar o outro e lhe ser fiel, além de romper com um dos fundamentos essenciais dos contratos, a confiança. Demonstra um ato de má-fé do cônjuge, pois este tem conhecimento de seus deveres para com a união e do que não deve ser feito e mesmo assim, atenta contra eles.

A fidelidade, além de estar expressa no Código Civil como obrigação inerente ao casamento, é um dever moral e esperado por toda a sociedade de alguém que opta por iniciar um relacionamento reconhecido juridicamente pelo Estado. Quando uma pessoa é infiel, toda a sociedade é atingida.

A indenização por danos morais em caso de traição no casamento torna-se cabível a partir da análise do casamento como uma forma de contrato, composta por obrigações de fazer e não fazer, tem caráter principalmente inibidor da conduta. Através do conhecimento dessa possibilidade de ter que indenizar monetariamente o outro cônjuge, espera-se que a conduta seja evitada pelo restante da sociedade a partir do exemplo dado.

Não somente, tem a intenção de reparar os danos causados a honra e a imagem, que pode ser ferida tanto na visão que a pessoa tem de si quanto na visão da sociedade. Por ferir tanto a honra subjetiva quanto a objetiva, não se torna pré requisito a comprovação de que o fato tornou-se público. A simples ocorrência de abalo a honra subjetiva já enseja o cabimento da necessidade de reparação dos danos causados.

Existem decisões contrárias e a favor de indenização nessa situação específica, sendo ainda muito necessária a análise do caso concreto para sua determinação ou não.

Nos contratos, quando há má-fé de uma das partes que descumpre com suas obrigações há o dever de reparar os danos. Com o casamento não deve ser diferente. É uma forma especial, mas não deixa de ser um contrato e contar com a confiança de que as partes cumprirão com suas obrigações a fim de chegar a um objetivo comum.

Sendo assim, a indenização por uma traição no casamento torna-se cabível e necessária, visando a não banalização e possível valorização da instituição que, com a perda de valores que ocorre diariamente na sociedade, pode chegar até o seu fim.

Referência bibliográfica

Códigos e Legislação:

Código Civil

Código de Direito Canônico, publicado em 25/01/1983.

Código Penal

Constituição Federal de 1988;

Emenda Constitucional nº 66/2010.

Livros

Bíblia Cristã

CRUZ, Fernando Castro da. Casamento à Luz do Direito Canônico. Editora Palpite, 1998.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A reparação dos danos morais: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: 5º Volume – Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Volume 7 : Responsabilidade Civil. 18. ed. Revisada, Aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Elementos de responsabilidade civil por dano moral. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume VI: Direito de Família. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Volume II - Obrigações e Responsabilidade Civil. 3. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: Volume V – Direito de família e sucessões. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. Direito civil: Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Tomo VII – Direito de Personalidade, Direito de Família. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Tomo VII – Direito de Personalidade, Direito de Família. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. Ed. Campinas: Bookseller, 2000.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Volume 7 – Responsabilidade Civil. 3. Ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Volume III – Contratos: Declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Volume V - Direito de Família. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Volume 5 – Direito de Família. 8 ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc> Acesso em: 24 de março de 2014.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito Civil – Responsabilidade Civil: Volume 7. 2. Ed. São Paulo, 2012.

Sites:

Acórdão de nº 453.776-44/4-00. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/40878418/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-iii-26-09-2012-pg-2297>>

Amor na Roma Antiga. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Amor_na_Roma_Antiga>

Belfort, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. A traição como objeto de indenização por danos morais. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194&revista_caderno=14>

STJ, REsp 1.026.981/RJ, Rel. Min Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010. Disponível em <<http://juridiconews.publicacoesonline.com.br/wp-content/uploads/2010/04/REsp-1.06.981-RJ.pdf>>

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc>